

¿UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO DEL MERCADO TRAS LA CRISIS? A NEW LEGAL PARADIGM OF THE MARKET AFTER THE CRISIS?

Ángel M. López y López

*Catedrático y profesor emérito de Derecho civil
Universidad de Sevilla*

RESUMEN

La crisis económica generada por la pandemia y la respuesta de los Estados y organizaciones supraestatales ha suscitado la apelación al papel activo del Estado con políticas calificadas como «no ortodoxas». Este trabajo pretende analizar su posible incidencia sobre la «Constitución económica» con la utilización del concepto de paradigma de Kuhn. A tal objeto, se estudia la regulación constitucional española y la de los Tratados de la Unión Europea y su Carta de Derechos Fundamentales. Ambas dibujan un mercado como ámbito de Derecho privado garantizado constitucionalmente y basado en la propiedad privada. Ello conduce a la conclusión de que no hay cambio de paradigma jurídico del mercado porque este solo se produce cuando un cambio social afecta a la propiedad privada y la garantía expropiatoria.

PALABRAS CLAVE

Constitución económica, concepto de paradigma de Kuhn, mercado, Constitución española, Tratados de la Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, propiedad privada, garantías expropiatorias, paradigma jurídico inalterado.

ABSTRACT

The economic crisis generated by the pandemic and the response of the States and supra-state organizations has led to the appeal to the active role of the State with policies described as «non-orthodox». The present work aims to analyze its possible impact on the «economic Constitution» with the use of the Kuhn paradigm concept. To this end, the Spanish constitutional regulation and the Treaties of the European Union and their Charter of Fundamental Rights are studied. Both draw a market as a field of constitutionally guaranteed private law, based on private property. This leads to the conclusion that there is no change in the legal paradigm of the market because it only occurs when a social change affects private property and the expropriation guarantee.

KEY WORDS

«Economic Constitution», Kuhn paradigm concept, market, Spanish Constitution Treaties of the European Union, Charter of Fundamental Rights of the EU, private property, expropriation guarantee, no change in the legal paradigm.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.014

¿UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO DEL MERCADO TRAS LA CRISIS?

Ángel M. López y López

Profesor emérito de Derecho civil
Universidad de Sevilla

Sumario: 1. La crisis económica generada por la pandemia y la respuesta de los Estados y las organizaciones supraestatales. 2. Apelación al papel activo del Estado con políticas calificadas como «no ortodoxas». Su posible incidencia sobre la «Constitución económica». 3. Circunscripción del objeto de reflexión. 4. Las medidas adoptadas son, en principio, «exteriores» a la estructura del mercado. 5. La utilización del concepto de paradigma de Kuhn para el presente análisis. 6. El paradigma actual de la «Constitución económica». 6.1. Perfiles domésticos. 6.1.1. La arquitectura esencial del paradigma está constituida por los artículos 33, 38, 52 y 128 de la Constitución. 6.1.2. Papel central de la garantía expropiatoria. Inexistencia «estructural» del «justiprecio cero». 6.1.3. Las posibilidades del artículo 128 de la Constitución y su sometimiento a la garantía expropiatoria. 6.1.4. La existencia de una cierta «relación dialéctica» entre propiedad y libertad de empresa, con una relativa descompensación en favor de esta. 6.1.5. El sentido último del artículo 51 de la Constitución. La protección del consumidor como elemento racionalizador del mercado en el capitalismo maduro. 6.1.6. El concepto de mercado en la jurisprudencia constitucional como formulación del paradigma. 6.2. Perfiles europeos. 6.2.1. El paradigma del Derecho de la UE. Las razones de una concurrencia conflictiva entre el Derecho europeo por su origen y el Derecho español. La cuestión de las llamadas «tradiciones constitucionales comunes». 6.2.2. Referencias a los problemas de articulación sustantiva y jurisdiccional entre instituciones europeas y Estados miembros. 7. Constitución económica europea y Constitución económica española. 7.1. Esquemas similares, pero con predominio de la defensa de la competencia en el Derecho de la UE. 7.2. ¿El Derecho comunitario comporta mayor o menor grado de protección que el propio del Estado español? 7.3. La expropiación forzosa en la Carta y en los Tratados condiciona las posibilidades de intervención estructural en la economía. 8. Primera conclusión: las medidas adoptadas contra la crisis no suponen una quiebra *directa* del paradigma actual del mercado. 9. Interrogantes sobre posibilidades de quiebras *indirectas* derivadas de la política fiscal y financiera, nueva configuración de las relaciones laborales y los remedios al desequilibrio en los contratos. 10. La posible presencia de la mano pública en empresas recapitalizadas con dinero público. 11. La hipótesis más plausible y apuntada es que el Estado ha venido solo *pro tempore*. 12. Inalterabilidad del marco básico de las relaciones laborales. 13. Cambios en el Derecho privado. Cláusula *rebus sic stantibus. Favor debitoris*. Precios de tasa en el alquiler de viviendas. Inalterabilidad de la idea central de contrato. 14. El mercado no es un *locus naturalis*, sino ámbito de Derecho privado garantizado constitucionalmente, basado en la

propiedad privada como fuente de desigualdad. 15. Conclusión: no hay cambio de paradigma jurídico del mercado porque este solo se produce cuando un cambio social afecta a la propiedad privada y la garantía expropiatoria. Una atemorizada mirada a un devastado mundo. Notas. Bibliografía.

1. LA CRISIS ECONÓMICA GENERADA POR LA PANDEMIA Y LA RESPUESTA DE LOS ESTADOS Y LAS ORGANIZACIONES SUPRAESTATALES

La gran crisis económica generada por la pandemia, extendida a todos los países del mundo con diversas intensidades y dispares pronósticos de duración en función de los flujos económicos internos y externos de cada Estado, ha provocado una intensa —e inédita desde hace décadas— intervención estatal en la economía.

Esta intervención se está postulando y produciendo tanto en la esfera política de los Estados como en la de las organizaciones supraestatales, singularmente el Fondo Monetario Internacional (FMI)¹ (aumento de sus disponibilidades como prestatario), el Banco Central Europea (BCE) (compras masivas de deuda pública de los países miembros) y la propia Unión Europea (UE) (suspensión del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, reciente creación del Recovery Fund). En este último ámbito (y al margen de que la autonomía de las decisiones «domésticas» es ciertamente cuestionable, atendidas las repercusiones de los mercados financieros globalizados sobre la deuda pública estatal), no hay otros antecedentes inmediatos de la situación actual que los programas de reconstrucción puestos en marcha, sobre todo en Europa, tras la el fin de la Segunda Guerra Mundial (Plan Marshall), un contexto políticamente dominado por la bipolarización entre la economía de mercado («bloque capitalista») y la economía de planificación central («bloque socialista»).

Aunque las finalidades y la correspondiente implementación de aquellas medidas y otras de similar calado, si bien de menor alcance, respondían a las características propias de la época, el renovado protagonismo que actualmente han cobrado los poderes estatales (que, al fin y a la postre, serán los encargados de la ejecución no solo de las medidas propias, sino también de las que deriven de un soporte exterior) tiene un nexo común con los programas de reconstrucción la década de los cuarenta del siglo pasado: la devastación material provocada por un evento extraordinario y planetario (en un caso, la guerra; en otro, la pandemia), aunque soy bien consciente de que, desde luego, se trata de episodios no comparables.

2. APELACIÓN AL PAPEL ACTIVO DEL ESTADO CON POLÍTICAS CALIFICADAS COMO «NO ORTODOXAS». SU POSIBLE INCIDENCIA SOBRE LA «CONSTITUCIÓN ECONÓMICA»

La gravedad de la situación económica parece innegable. Ante la misma, debe ser subrayado que todas las autoridades y los prescriptores económicos (políticos o académicos)

han demandado de forma inmediata que el Estado asuma un papel activo en la regulación del mercado. Con independencia de que ello demuestra la insuficiencia del mercado para hacer frente por sí mismo a sus propias crisis, una evidencia de la que deberían tomar buena nota los fundamentalistas neoliberales, lo más sorprendente de todo es que se afirme que tanto la duración como el alcance de esa actuación estatal son imprevisibles y que el Estado debe desempeñar ese cometido, aunque su intervención sea instrumentada a través de políticas «no ortodoxas» y medidas alternativas que, en lugar de priorizar la consolidación fiscal, propicien el incremento del gasto (especialmente, en sanidad), no su reducción, y contribuyan a mantener la actividad económica². Tales criterios vienen a coincidir, con algún matiz, con los que esbozó para nuestro país el Banco de España³. Ahora bien, si se admite como premisa que existe tal ortodoxia (cimentada en posiciones políticas conocidísimas y muy discutibles, cuestión que no será analizada aquí), la ruptura de la misma se concibe como una excepción temporalmente acotada. No obstante, la recomendación procede de una instancia que privilegia habitualmente el «pensamiento único» en materia económica. Por ello, el dato no es de ninguna manera baladí y, finalmente, puede resultar significativo para el análisis jurídico.

3. CIRCUNSCRIPCIÓN DEL OBJETO DE REFLEXIÓN

Conviene acotar el objeto de la presente reflexión para que sea fiel al título que la encabeza. Nuestro propósito es elucidar si, tras los cambios jurídicos propiciados por la crisis sanitaria y económica, la llamada «Constitución económica», tal como la hemos conocido hasta ahora, ha sufrido o sufrirá alteraciones en su arquitectura esencial. Este análisis no puede ser entendido con la sola referencia al Derecho español: también requiere tomar en consideración el Derecho comunitario y las exigencias de la globalización tanto desde un punto de vista fáctico como jurídico.

4. LAS MEDIDAS ADOPTADAS SON, EN PRINCIPIO, «EXTERIORES» A LA ESTRUCTURA DEL MERCADO

El examen de la batería de medidas adoptadas hasta el momento muestra que se mueven en los ámbitos de la política fiscal y monetaria: la garantía estatal del abono de las rentas salariales en los casos de crisis empresariales (que, en una segunda derivada, también son flujos de financiación para las empresas, dado que reducen los gastos de mantenimiento de su estructura productiva), el reconocimiento del derecho a la percepción de ingresos mínimos vitales a los que se encuentran en situaciones de pobreza severa (que, en segunda derivada, también influirán de alguna manera sobre la demanda de consumo), las «ayudas de Estado» directas a las empresas en forma de subvenciones, exenciones y moratorias fiscales, previsible (y, se diría, casi inevitable) reestructuración del sistema tributario para tratar de lograr una casi imposible armonización entre el

necesario incremento de la recaudación para sufragar el aluvión de gasto público, la evitación del desincentivo de la actividad económica y el aumento del gasto sanitario buscando la consolidación fiscal a largo plazo (desde luego, como ya se ha dicho, no a costa de reducirlo).

Es difícil reducir la anterior enumeración (que no puede ser exhaustiva porque ha sido confeccionada con los datos de la crónica reciente) a un patrón unitario ni en términos conceptuales ni territoriales. Solo cabe agrupar genéricamente las medidas por su adscripción al ámbito de la política fiscal y financiera o, si se quiere utilizar una terminología ya no muy en uso, pero que creo muy expresiva, al campo de las medidas de hacienda pública. Desde esta perspectiva, a primera vista las medidas adoptadas no parecen cuestionar la arquitectura institucional del mercado antes delimitada; es más, parece que pretenden salvaguardarla: son, de alguna manera, «exteriores» a ella. La simple enunciación de este aserto es insatisfactoria y aun superficial. Es necesario profundizar en él, pues quedan en el aire muchas preguntas sin responder.

5. LA UTILIZACIÓN DEL CONCEPTO DE PARADIGMA DE KUHN PARA EL PRESENTE ANÁLISIS

Creemos que puede ser útil a nuestro propósito la utilización del concepto de paradigma elaborado por Kuhn para ilustrar los procesos de cambio en las ciencias naturales⁴, noción cuya aplicación a las ciencias jurídicas se ha propuesto recientemente⁵. No desconocemos que esta operación tiene sus límites y que debe realizarse con mucha cautela porque nos situamos en un ámbito ajeno a las llamadas «ciencias duras». Según el pensamiento de Kuhn, el estado de los conocimientos en las ciencias físicas y biológicas se produce no por su dimensión social, sino por la mera acumulación, más o menos ordenada o sistematizada, de datos empíricos contrastados que configura la llamada «ciencia normal» y que goza del consenso de la comunidad científica, consenso que se articula precisamente en un paradigma epistemológico, metodológico y explicativo. La revolución científica se produce cuando fallan los fundamentos de aquellos conocimientos y son sustituidos por nuevas evidencias que abocan a la elaboración de un nuevo paradigma. Extrapolado al campo del Derecho, el razonamiento sería el siguiente: las instituciones jurídicas de una determinada época y lugar son el producto de avatares históricos. A pesar de que su naturaleza es contingente, dado que está determinada por la contingencia de la política, alcanzan un grado de estabilidad temporalmente significativo y pueden ser explicadas a través de un paradigma reconocido como tal por la comunidad jurídica. El cambio de paradigma se produce, pues, cuando determinados cambios alteran los fundamentos de aquellas instituciones y, en consecuencia, generan un nuevo entendimiento o una nueva formulación del viejo paradigma que lo torna obsoleto.

6. EL PARADIGMA ACTUAL DE LA «CONSTITUCIÓN ECONÓMICA»

6.1. PERFILES DOMÉSTICOS

6.1.1. La arquitectura esencial del paradigma está constituida por los artículos 33, 38, 52 y 128 de la Constitución

La arquitectura esencial del paradigma está constituida por los artículos 33, 38, 52 y 128 de la Constitución española, de los que se predica un juego conjunto no siempre fácil de armonizar en su concreta aplicación, dado su diverso «aliento histórico» (los debates constituyentes así lo demuestran), reflejado en su diversa ubicación sistemática, su diferente valoración y su desigual nivel de protección⁶. Con respecto a esa arquitectura esencial, existen perspectivas heterogéneas relativas, sobre todo, a la comprensión de los límites de los ámbitos de los poderes de los particulares, diversidad que se manifiesta en las variadas concepciones de los juicios de proporcionalidad, razonabilidad y adecuación de aquellos para que no dejen de ser «límites» (admisibles como estatuto «normal» en cuanto respetan el «contenido esencial», es decir, como «intervenciones delimitadoras») y se conviertan en «limitaciones» (más allá de dicha «normalidad», sin respeto al contenido esencial se transforman «intervenciones ablatorias o mutiladoras»). Aunque esas distintas perspectivas pueden propiciar soluciones diferentes en un caso concreto, y la vida del Derecho está en el caso, no cabe la menor duda de que el esquema es común a todas ellas.

6.1.2. Papel central de la garantía expropiatoria. Inexistencia «estructural» del «justiprecio cero»

También parece estar consolidada la idea de que, si la intervención de los poderes públicos excede el ámbito de la delimitación y llega a la ablación tanto material como formalmente, entrará en juego la garantía de la expropiación forzosa, y esta siempre exige un justiprecio, se configure como se configure⁷. A mi modo de ver, es así, y no en principio: como regla general, no es constitucionalmente legítima una expropiación sin indemnización ni supone, en puridad, una excepción al principio la posibilidad cierta y consagrada por la jurisprudencia⁸ de un «justiprecio cero». Aquí es necesario precisar que, conceptualmente, el principio según el cual la figura de la institución no puede dejar de comprender la existencia del justiprecio y la posibilidad de que este sea cero son dos cosas distintas; estamos hablando de un justiprecio siempre existente en abstracto y *a priori* que, a la hora de la valoración, puede carecer de interés resarcible.

6.1.3. Las posibilidades del artículo 128 de la Constitución y su sometimiento a la garantía expropiatoria

Asimismo, la interpretación del artículo 128 que concita mayor consenso es aquella según la cual, a pesar de que la iniciativa pública en la economía no sea subsidiaria, en el caso de que incida en la actividad de los particulares debe respetar los ámbitos garantizados a la iniciativa privada plasmados en el binomio propiedad privada/libertad de empresa, lo

que en última instancia reenvía de nuevo a la garantía expropiatoria. Hay que poner de manifiesto ahora la protección a la libertad de empresa. Sin perjuicio de que en el apartado siguiente se volverá sobre el tema, parece que la protección que el Derecho comunitario dispensa a la libertad de empresa es más intensa, al menos en algunos aspectos, que la que le brinda el Derecho español⁹.

6.1.4. La existencia de una cierta «relación dialéctica» entre propiedad y libertad de empresa, con una relativa descompensación en favor de esta

Los elementos clave del paradigma son, pues, la propiedad privada y la libertad de empresa, tanto desde el punto de vista de la «Constitución material»¹⁰ como por su nivel de protección en nuestra norma fundamental (que se traduce en su consideración como garantías institucionales). Dado que se supone que han de convivir armónicamente, no es ocioso poner de relieve que entre ambas garantías existe una relación dialéctica. A este respecto, debe tenerse en cuenta que, aun sin perder su carácter fundante, en la evolución del capitalismo maduro la figura de la propiedad privada ha visto reducido su peso en relación con la figura de la empresa. Se trata de una tendencia lógica, pues un capitalismo dinámico tiende a favorecer a la burguesía emprendedora frente a la burguesía meramente poseedora. Hay varios epifenómenos de esta evolución: la resistencia a configurar jurídicamente la empresa como objeto de titularidad única y la consiguiente prevalencia de las llamadas tesis «atomísticas» para evitar que se hable de la propiedad de la empresa, dado que ello conduciría a permitir la posibilidad de que se le aplicara la doctrina de la función social; la negación de la «funcionalización de la empresa»¹¹; el confinamiento, en la práctica, de la aplicación de las técnicas de la función social a la propiedad inmueble, técnicas, por otro lado, cada vez más desvirtuadas en relación con su formulación inicial; la consecuente inaplicación a las nuevas formas de propiedad, mueble e intelectual, profundamente asociadas a la empresa; y la disociación entre propiedad y control de la riqueza. Todo esto es suficientemente conocido en sus contornos generales, pero lo expongo con el fin de ilustrar que la relación dialéctica entre las dos garantías institucionales esta descompensada en favor de la libertad de empresa; el núcleo duro de la de la propiedad privada radica en la garantía expropiatoria, pero de ella se benefician también las limitaciones o supresión de la iniciativa económica privada, considerada, a estos efectos, una suerte de ámbito económico privado; ese es el preciso sentido de la expresión «propiedad» en el artículo 33 de la Constitución¹².

6.1.5. El sentido último del artículo 51 de la Constitución. La protección del consumidor como elemento racionalizador del mercado en el capitalismo maduro

En este sumario repaso he dejado para el final el artículo 51 de la Constitución, cuya fuerza normativa es, aparentemente, menor, dada su ubicación en los Principios rectores de la política social y económica del Capítulo III. No obstante, su aplicación ha propiciado modificaciones esenciales del contrato cuando una de las partes es un consumidor a fin de

lograr un equilibrio entre este (la parte más débil) y su contraparte, función «tuitiva» que es ajena a la visión clásica del contrato tal como lo concibió el Derecho civil de la codificación liberal. Esta visión resulta tan cuestionada que ha llegado a afirmarse que asistimos a una dualidad de regulaciones: por un lado, la de los contratos celebrados por quienes son considerados jurídicamente consumidores y, por otro, la de quienes no ostenten esa condición, dualidad que permanecería en los surcos clásicos civiles o mercantiles (allí donde puede apreciarse la virtualidad de esta distinción). No comparto la idea de esa dualidad, pero lo cierto es que la fuerza expansiva del artículo 51 ha resultado tan amplia que, desde el punto de vista de la efectividad real, bordea e incluso supera a la que es propia de una garantía institucional. Como veremos, en este resultado ha sido seguramente decisiva la influencia del Derecho derivado comunitario, normalmente las directivas que han sido objeto de transposición a nuestro ordenamiento. También es cierto que esta alteración profunda no solo del contenido, sino también de la estructura y eficacia del contrato «clásico» (piénsese en el desistimiento unilateral, en las excepciones a la relatividad a través de las acciones de «clase» o «categoría», o en el concurso de responsabilidad contractual y extracontractual), podría llevarnos a pensar que el desarrollo del principio de protección de los consumidores constituye, paradójicamente (porque es el de más endeble eficacia), una verdadera ruptura, aunque sea parcial, del paradigma de la «Constitución económica». Creo que, por múltiples razones, esto no puede aceptarse. La primera es de orden constitucional: si el artículo 51 habla de intereses legítimos como objeto de la protección, no puede referirse a una legitimidad genérica (es obvio que ningún interés ilegítimo goza de tutela jurídica), sino a la necesidad de que la tutela del consumidor tenga en cuenta que los intereses en juego no son exclusivamente los del consumidor, sino también los de las otras partes que intervienen en el mercado, lo que supone el respeto al ámbito constitucionalmente garantizado de la propiedad y la libertad; la finalidad de la tutela del consumidor es conseguir «un cierto reequilibrio del mercado», pero no puede poner en cuestión el sistema que lo consagra¹³.

En última instancia, y frente al fundamentalismo *consumerista*, es comúnmente admitido que los derechos de los consumidores no solo cumplen la función de proteger al contratante débil¹⁴, sino también otra: hacer más eficiente la producción, sobre todo porque en la lógica del capitalismo maduro los derechos del consumidor están estrechamente relacionados con la defensa de la competencia entre empresas¹⁵. La competencia es un elemento clave precisamente para que el funcionamiento del mercado sea correcto y redunde en la optimización del bienestar social. Por lo demás, no hay que olvidar que, incluso en el actual orden de las relaciones sociales de producción, la idea de óptimo puede ser entendida de modos muy diversos, si bien resulta posible clasificarla en dos polos: el «óptimo de Pareto» y el «óptimo de Kaldor-Hicks»¹⁶.

La dualidad de funciones de los derechos de los consumidores no debe, sin embargo, eclipsar la esencial contradicción entre las posiciones jurídicas del consumidor (para el que la mercancía se aprecia por su valor de uso) y del productor (para el que se aprecia por su valor de cambio). Inevitablemente, esta contradicción genera conflictos de intereses que se saldan, precisamente, con las normas de transacción entre los que conciben los derechos del consumidor como mecanismos compensatorios de la desigualdad en el mercado

y aquellos que los caracterizan como dispositivos complementarios del mercado¹⁷. Esta transacción es típica del Estado social. Y es que, como siempre sucede, desde el punto de vista jurídico el Estado social es más potente en la atribución de potestades públicas que en la creación de instrumentos jurídico-privados: estos son siempre débiles en esa forma de Estado también débil, como he mostrado en otro lugar¹⁸.

6.1.6. El concepto de mercado en la jurisprudencia constitucional como formulación del paradigma

Tras las anteriores afirmaciones (que no dejan de ser más que un recorrido sumario en una galaxia de densos problemas), cabe apuntar que, de acuerdo con los términos actuales del Derecho positivo, la defensa de los consumidores y el Derecho de la competencia son, según nuestra jurisprudencia constitucional, los pilares sobre los que se asienta el concepto jurídico de mercado¹⁹. Aun contando con la posibilidad de que el Estado social imponga limitaciones, el concepto jurídico de mercado presupone tanto la garantía constitucional de la propiedad privada como la de la libertad de empresa. Es este el núcleo sobre el que debemos trabajar para saber si se ha producido, o está en vías de producirse, un cambio en el paradigma que representa.

6.2. PERFILES EUROPEOS. EL PARADIGMA DEL DERECHO DE LA UNIÓN

6.2.1. El paradigma del Derecho de la UE. Las razones de una concurrencia conflictiva entre el Derecho europeo por su origen y el Derecho español. La cuestión de las llamadas «tradiciones constitucionales comunes»

Tal como lo dibujan los Tratados constitutivos y la Carta de los Derechos Fundamentales, también el Derecho de la UE está construido sobre tres pilares esenciales: las garantías de la libertad de empresa, la propiedad privada y la protección de los consumidores. Así lo disponen artículos 16, 17 y 38, respectivamente, de la Carta de los Derechos Fundamentales, preceptos que hay que poner en conexión correlativa con los arts. 3.3 TUE y 49-62 y 119 TFUE (libertad de empresa), 6 TUE y 101-106 (propiedad privada) y 169 del TFUE (protección de los consumidores). La exposición pormenorizada y prolija de la «Constitución económica europea» excede los propósitos de este trabajo. Aquí bastará exponer unos trazos generales y dar cuenta de los problemas que suscita la concurrencia del Derecho europeo y nuestro Derecho interno. Parto de la premisa, para mí indubitada, de que, aun afirmado el principio de supremacía del Derecho Comunitario, tal concurrencia no deja de plantear cuestiones de gran calado debido a la complejidad derivada de: *i*) las remisiones del propio Derecho Comunitario al Derecho interno de los Estados miembros; *ii*) las relaciones entre el TJUE y los órdenes jurisdiccionales «domésticos» (especialmente, pero no solo, los tribunales constitucionales nacionales); *iii*) la falta de claridad sobre el alcance vinculante de la Carta, sobre todo por su problemática relación con los propios Tratados constitutivos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950²⁰; *iv*) la ausencia de

un catálogo (unitario y no disperso entre la Carta y los Tratados) de las categorías de los derechos fundamentales, las garantías y los principios, es decir, la falta de un elenco de derechos delimitado con rigor técnico en el que se especifique su nivel de protección²¹; 2) la necesidad de valorar en sus justos términos la presunción de que la armonía entre Derecho de la Unión y Derecho de los Estados miembros sería, en determinados supuestos, automática; si bien la expresión «fondo constitucional común» no deja de ser, a grandes rasgos, plausible, cuando se recurre a ella no pueden obviarse las diferencias entre las normas constitucionales de los Estados miembros (por ejemplo, las que existen entre la Constitución alemana de 1949 y la Constitución francesa de 1958, textos aprobados en distintas circunstancias históricas, de diferente aliento político y que presentan una desigual estructura técnica en lo que respecta a los derechos, sus garantías y su eficacia en el marco de su Derecho interno; nótese que estamos hablando de Estados fundadores, y hegemónicos en el diseño pretérito, presente y, posiblemente, futuro, de la Unión), así como la tentación de que cada Estado se defina como territorio constitucionalmente intangible, operación que, a fin de cuentas, siempre supone un perjuicio para la supremacía del Derecho comunitario. Lo cierto es que, más que para aceptar sin problemas la supremacía de Derecho de la Unión, la apelación a la pertenencia a las «tradiciones constitucionales comunes», que nadie niega como principio, se utiliza para afirmar que el Derecho de la UE excede lo que permite la «comunidad» de dichas «tradiciones».

6.2.2. Referencias a los problemas de articulación sustantiva y jurisdiccional entre instituciones europeas y Estados miembros

El panorama final es abigarrado y, en ocasiones, difícil de armonizar debido a la concurrencia de regulaciones sustantivas de distinto aliento y momento (Tratados, Carta, Convenio, constituciones y tribunales estatales), así como a la existencia de órganos jurisdiccionales cuyas relaciones recíprocas son difíciles tanto por los mecanismos procesales existentes (cuestión de constitucionalidad, cuestión prejudicial²²), dispositivos complejos y de difícil relación entre ellos mismos en los ámbitos domésticos, como por el ejercicio de un «patriotismo jurisdiccional» en muchas ocasiones mal entendido.

7. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ESPAÑOLA²³

7.1. ESQUEMAS SIMILARES, PERO CON PREDOMINIO DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL DERECHO DE LA UE

La articulación general de la Constitución económica europea presenta un esquema similar al de la Constitución económica española. Hay, sin embargo, una diferencia que deriva del propio origen de la construcción europea como un mercado común, diferencia que no está explicitada en la letra de los Tratados ni de la Carta, y es el papel central de la

libertad de empresa, concebida en su núcleo duro como protección frente a los poderes públicos y, al mismo tiempo, como defensa de la competencia. En torno a ella, y como instrumentos preordenados a su realización, giran tanto la propiedad como la protección de los consumidores. En efecto, es singular que el mecanismo de la libertad de empresa, que supone liberación de deberes de la propiedad en el Derecho interno, constituya una fuente de limitaciones de la misma en el Derecho de la Unión, desde el momento en que se privilegia el objetivo del mercado único en desmedro de cualquier otro tipo de protección y alcanza virtualidades expansivas en las que, bien a través del mecanismo de defensa de la competencia, bien a través del de la protección de los consumidores y usuarios, podría llegarse al absoluto desvanecimiento del derecho de propiedad, sin comportar actuaciones expropiatorias materialmente indemnizables. Esta situación deriva del papel predominante de la Unión en el Derecho de la competencia y del hecho de que, a pesar de que la protección de los consumidores no se considera un derecho, sino un principio (no debemos, sin embargo, olvidar la evanescencia de semejante distinción en los Tratados y en la Carta), las necesidades de la armonización del mercado, cuyo vehículo han sido las directivas, ha conducido a la adopción de regulaciones contractuales muy alejadas del esquema clásico de las mismas.

7.2. ¿EL DERECHO COMUNITARIO COMPORTA MAYOR O MENOR GRADO DE PROTECCIÓN QUE EL PROPIO DEL ESTADO ESPAÑOL?

A partir de estas premisas, resulta ya posible abordar la cuestión más importante de este trabajo, a saber, si el sistema económico delineado por el Derecho comunitario comporta un mayor o menor grado de protección que el de los Estados miembros. Como es sabido, en el pasado este problema ha permitido rechazar la aplicación del Derecho de la Unión debido a que la tutela que brindaba a los ciudadanos era más atenuada, tesis poco fundada en determinadas ocasiones (al respecto, son arquetípicos los casos *Solange*, del *BundesVerfassungsgericht*, y *Frontini*, de la *Corte Costituzionale*). En el fondo, aquel rechazo tenía el deliberado propósito de reafirmar el Derecho propio del Estado y la preeminencia de su jurisdicción. Como el calado de la cuestión es enorme, me limitaré a analizar el punto en el que resulta más evidente la extensión de aquel grado de protección, que es el de la garantía expropiatoria. Formulada para la propiedad, no cabe la menor duda de que se aplica también a las restricciones y eventuales supresiones (nacionalizaciones, reservas al sector público) de la libertad de empresa.

7.3. LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN LA CARTA Y EN LOS TRATADOS CONDICIONA LAS POSIBILIDADES DE INTERVENCIÓN ESTRUCTURAL EN LA ECONOMÍA

Siguiendo la tradición de las formulaciones constitucionales de la propiedad iniciada en la época liberal, el artículo 17, inciso primero, de la Carta plasma en términos absolutamente clásicos los elementos de la garantía expropiatoria, señala su fundamento (la utilidad pública), alude a la necesaria concreción de las causas de expropiación y establece

la necesidad de su previsión en la ley y la obligación del poder expropiatorio de pagar una justa indemnización por la pérdida del derecho. Si se contrasta esta formulación con el Derecho español, se detecta una mayor proximidad del Derecho europeo a las tesis liberales, lo que es un lugar común. No obstante, nuestra doctrina la rehúye a hurtadillas y olvida que la potestad expropiatoria del Estado liberal era muy poderosa, aunque se ciñera a sus limitados fines²⁴.

En el artículo 17 de la Carta hay una mención a la utilidad pública. Como es sabido, la historia de la garantía expropiatoria²⁵ ha evolucionado desde su primitiva fundamentación en la necesidad pública hasta la justificación basada en el interés social, pasando por el trámite intermedio de la utilidad pública. Conceptualmente, los tres fundamentos de la garantía son distintos; el primero hace referencia a una situación de necesidad para alcanzar estándares mínimos en la satisfacción de necesidades (también mínimas) de los ciudadanos, mientras que el tercero nace para satisfacer impulsos socializadores. La utilidad pública sería un estadio intermedio en el que la expropiación forzosa no solo se utiliza para satisfacer necesidades mínimas, aunque no autoriza sin más la transferencia de bienes privados al sector público con el único o principal fin de que este desarrolle políticas sociales compensatorias y adopte medidas de intervención en los mercados para favorecer un equitativo reparto de la renta. En efecto, no es lo mismo privar de la propiedad para hacer frente a una necesidad inmediata de salud pública (cuestión tristemente actual) que para dotarse de una infraestructura que facilite el intercambio económico o para hacer reformas estructurales que impliquen nacionalizaciones o reservas al sector público. A nuestro modo ver, y aunque en principio la utilidad pública a la que se refiere el artículo aquí comentado puede englobar los tres conceptos (y la adopción de uno u otro, o de los tres, como eje (s) de la disciplina doméstica de un Estado miembro quedaría plenamente cubierta por la reserva del artículo 295 del Tratado), el Derecho de la Unión impone severas limitaciones a tal posibilidad, aunque no la niegue en absoluto. La cuestión podría resultar importante en el caso de que algún Estado optara por la nacionalización de un entero de sector productivo. Partiendo de la inserción del derecho de propiedad dentro de la «Constitución económica europea» y de su papel ancilar en relación con la libertad de empresa, creo que, en una interpretación conjunta de la congruencia de las cláusulas de aquella, el estándar europeo de protección de los derechos de los particulares es superior al de nuestra Constitución y, si no ilegítima, haría muy difícil tal operación. Aunque, de todos modos, dependería del modo en que el Estado miembro ejercitara sus poderes, puede concluirse que, si bien la Constitución deja un amplio margen de configuración política al legislador democrático en la aplicación del artículo 128.2 como decisión política del Estado miembro, los límites derivados del Derecho comunitario son mucho más intensos, ya que la reserva supone el establecimiento de derechos especiales o exclusivos y que, conforme a la jurisprudencia comunitaria, estos están prohibidos si se dan las siguientes circunstancias: *i*) que se proyecten sobre actividades económicas (y no sobre funciones públicas o sobre servicios públicos de carácter social o asistencial); *ii*) que la reserva restrinja las libertades de circulación o implique necesariamente la explotación abusiva de una posición de dominio; y *iii*) que la reserva no sea necesaria y proporcionada para garantizar el cumplimiento de una misión de interés general que tuviera encomendada su titular (art. 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). En definitiva, el conjunto de opciones de política económica que el art. 128.2 CE deja abiertas al juego del principio

de pluralismo político es sensiblemente mayor que el margen de actuación permitido por el Derecho de la Unión Europea. En este contexto, cualquier medida que privara del derecho de propiedad sin la correspondiente indemnización colisionaría claramente con el Derecho de la Unión. Queda, en este sentido, aclarada cualquier duda sobre si la Constitución española admite nacionalizaciones o reservas al sector público de este tipo.

8. PRIMERA CONCLUSIÓN: LAS MEDIDAS ADOPTADAS CONTRA LA CRISIS NO SUPONEN UNA QUIEBRA DIRECTA DEL PARADIGMA ACTUAL DEL MERCADO

Sentado que, desde el ángulo de la Constitución económica, las respuestas directas a la crisis no suponen ninguna quiebra *directa* de su paradigma tradicional en Europa, puesto que sigue portando el sello de su origen liberal, habida cuenta de la intensidad con la que garantiza los poderes de los particulares, es necesario dilucidar si, aun manteniendo, como creemos, la estructura esencial de aquel paradigma (forjado de manera robusta por el Estado liberal y, sucesivamente, de un modo más débil por el Estado social²⁶), las medidas de respuesta a la crisis que ha generado la pandemia no acaban afectando indirectamente a dicha estructura.

9. INTERROGANTES SOBRE POSIBILIDADES DE QUIEBRAS INDIRECTAS DERIVADAS DE LA POLÍTICA FISCAL Y FINANCIERA, NUEVA CONFIGURACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES Y LOS REMEDIOS AL DESEQUILIBRIO EN LOS CONTRATOS

En efecto, si la «Constitución económica» representa esencialmente el balance entre los poderes del Estado y los poderes de los particulares en las relaciones sociales de producción que finaliza en una delimitación entre «público» y «privado» en el tráfico económico, ¿puede mantenerse dicha delimitación en los confines actuales? Con una política fiscal del Estado tan diferente, tan acaparadora de recursos, cuya doble finalidad es mantener la estructura productiva y proteger a los ciudadanos más vulnerables, ¿puede seguir intacto el modelo?

¿La posible intervención de la «mano pública» en la gestión de ámbitos económicos hasta ahora reservados en exclusiva a los particulares no traerá consigo mutaciones sustanciales en el Derecho de la empresa, así como múltiples implicaciones en otros sectores del ordenamiento, desde el Derecho concursal al Derecho de la competencia?

¿Los inevitables cambios en la regulación del trabajo subordinado (sea cual fuere su orientación) no propiciarán, e incluso anticiparán, modificaciones en el Derecho patrimonial privado, tal y como lo han hecho en su ya más que centenaria historia?

Pero hay más. Ya en el marco de la lógica del Derecho privado, ¿la necesidad de garantizar bienes vitales (alimentos, vivienda) no generará redefiniciones de la función social de la propiedad? ¿Cómo afectarán las nuevas realidades económicas al principio *pacta sunt servanda* (tema, por otra parte, discutido desde hace mucho tiempo y bajo perspectivas muy distintas)? ¿La pervivencia del propio sistema no producirá como estrategia de salida de la crisis (en la que el endeudamiento de las familias y las pequeñas empresas convive morbosamente con el endeudamiento público, retroalimentándose en un círculo para nada virtuoso) una nueva doctrina del *favor debitoris* que eventualmente incluya una quita universal? Son demasiadas preguntas que, aunque pertenecen a campos muy diversos, están interconectadas en virtud de la unidad de la realidad jurídica. Nos movemos en un escenario de nuevas realidades jurídicas marcado no solo por la provisionalidad (incluso ello es dudoso, al menos en primera instancia) y la indagación de líneas de tendencia y posibles soluciones, sino también por el peligro de que esta tarea se convierta en un aventurado y poco riguroso ejercicio adivinatorio. En este contexto, no cabe sino llamar a la cautela y convenir que las conclusiones de este quehacer resultarán, en no poca medida, hipotéticas. Aun así, la formulación de perspectivas en forma de hipótesis plausibles no solo es legítimo, sino también útil desde el punto de vista científico.

10. LA POSIBLE PRESENCIA DE LA MANO PÚBLICA EN EMPRESAS RECAPITALIZADAS CON DINERO PÚBLICO

Como ya se ha dicho, la previsión de la intervención de la «mano pública» no está revestida, salvo excepciones muy puntuales, de cobertura jurídica para implementar una política de nacionalizaciones. Aun suponiendo que tal cobertura existiera, semejante política resultará inasumible por el coste que las indemnizaciones pueden suponer para unos Estados que ya tienen graves problemas de consolidación fiscal. Mayores posibilidades tendría la intervención temporal de empresas; ahora bien, incluso si las circunstancias fueran de justiprecio cero (como fue el caso de RUMASA), habría importantes «costes de transacción», en la terminología tradicional del análisis económico del Derecho, y tampoco se sabe si serían fiscalmente asumibles. Desde luego, la nota de temporalidad ínsita de forma estructural en la medida implica *eo ipso* que en ningún caso supondría un cambio de paradigma. En cambio, sí puede afectar decisivamente al reequilibrio entre los sectores «público» y «privado» la toma de posiciones en el capital de empresas privadas, recapitalizadas con dinero público a través de la compra de sus acciones, con la consiguiente participación en sus órganos de gobierno (se hace necesario recordar que este mecanismo no es desconocido, incluso en países de acusada tradición liberal como el Reino Unido: ahí está la intervención de la Exchequer's Office en el Royal Bank of Scotland, y con un gobierno conservador). Esta toma de posiciones puede añadir a la gobernanza de la empresa participada *inputs* no concordantes con el lucro particular, y resucita de alguna manera la problemática del Estado empresario, aunque sea bajo veste jurídico-privada. Precisamente por esto, el paradigma tampoco cambia, al menos en

principio, pero (y no es poco importante) desde una concepción absolutamente formal de lo jurídico. La realidad es que, finalmente, y por más que en virtud del principio de neutralidad de la acción del Estado en este terreno (y, si se me apura, de todas las reglas del Derecho de la competencia, las empresas participadas no tengan un estatus especial), una importante presencia empresarial del Estado (siempre que esta sea significativa, en términos de «paquete de control») no deja de alterar la dinámica de un mercado fuertemente privatizado como el español. Es claro que la consecución de objetivos más allá del lucro partible entre privados no solo altera los mecanismos de decisión y elección económica de la empresa con gobernanza pública (aunque esta sea parcial), sino también los de sectores enteros. Pero para que sea posible hablar de un cambio de paradigma la presencia del Estado debería ser proyectada a largo plazo y en sectores estratégicos. Si así fuera, se produciría un cambio de rumbo notorio. En efecto, de acuerdo con la evolución que ha experimentado el Derecho de la economía en las últimas décadas, el papel de la «mano pública» directa ha ido declinando en favor de la privatización incluso en sectores que merecen sin duda el calificativo de estratégicos²⁷, y el acento se ha ido poniendo más en la regulación de los mismos, incluso incidiendo potentemente en el Derecho privado mediante la predeterminación precios y condiciones, e incluso el establecimiento de la contratación forzosa no solo para los consumidores, sino también entre empresas no precisamente clasificables como «contratantes débiles»: es el supuesto del alquiler de infraestructuras sufragadas por una de ellas en favor de otras en nombre de la defensa de la competencia (por ejemplo, el caso de Telefónica tras su privatización, alquiler forzoso y de precio tasado por el regulador público, y no solo para las redes de cobre antes públicas, sino también para las de fibra posteriores, sufragadas por la compañía una vez privatizada).

11.LA HIPÓTESIS MÁS PLAUSIBLE Y APUNTADA ES QUE EL ESTADO HA VENIDO SOLO *PRO TEMPORE*

A la vista de lo expuesto, para responder a la pregunta sobre si la presencia de la «mano pública» es efectiva, aunque sea con ropaje jurídico privado, es preciso tomar como punto de partida que el actual Derecho regulatorio subsistirá sin cambios, que no se modificarán las estructuras y potestades de las denominadas «autoridades independientes», dejando al margen cuán real es su independencia y hasta dónde llega o debe llegar su papel, y sin entrar en la cuestión de su legitimación política²⁸. A mi modo de ver, la contestación es obvia: si la condicional resulta cierta, es evidente que el papel del Derecho regulatorio y el de las correlativas autoridades «independientes» no podrá ser el mismo por la sencilla razón de que las empresas participadas introducirán entre sus objetivos la consecución de fines públicos o sociales, circunstancia inevitable porque, que de no ser así, poco sentido tendría su presencia en la empresa, y esa consecución chocará inevitablemente con la defensa de la competencia como valor esencial del mercado. ¿Es esto posible jurídicamente? Afirmada como parte del paradigma del mercado la defensa de la competencia, ¿no se considerarán

algunas actuaciones como «medidas equivalentes» a restricciones del libre mercado? La verdad es que este problema no ha sido ignorado por el Derecho de la Unión²⁹, que ha establecido toda una batería de condicionantes de la validez de las «ayudas de Estado» (artículos 107, 108, y 109 TFUE), reguladas como una posibilidad limitada, restrictiva y orientada fundamentalmente a preservar la defensa de la competencia, una regulación que, de nuevo, afirma su predominio como principio en la Constitución económica europea. Aunque en las circunstancias actuales pudiera permitiera temporalmente una aplicación laxa de las reglas limitativas de las ayudas de Estado, no parece que el sistema económico de la UE, tal como lo describen los Tratados, pueda admitir en el largo plazo la existencia de un sector determinante de «mano pública» dentro del mismo. Es más, una vez reactivados los mecanismos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, es posible (diría que altamente probable) que sus exigencias conduzcan directa o indirectamente a que el Estado tenga que deshacerse de sus paquetes accionariales³⁰ en aras de la consolidación fiscal, objetivo que hoy en día se considera únicamente aplazado; en España, esta situación tiene un cierto aire de *déjà vu*, respecto a lo que sucedió para que pudiera adoptar la moneda única. No parece poco plausible la conclusión de que, en un plazo más corto que largo, un eventual desequilibrio en la actual relación entre el sector público y el privado en la economía provocará el retorno a fórmulas similares a la del presente, con algún posible cambio no esencial. Las derivada, también plausible, de esta conclusión general es que el papel del Estado, descrito desde hace décadas como un trayecto hacia la intervención directa en la economía y a la regulación como estación final, será restaurado.

12. INALTERABILIDAD DEL MARCO BÁSICO DE LAS RELACIONES LABORALES

En cuanto a las relaciones laborales, a pesar de que son un elemento esencial desde el punto de vista económico, es evidente que la doctrina³¹ sobre la llamada «Constitución económica» no las considera un elemento jurídico estructural del mercado.

La propia arquitectura constitucional española (inspirada en una concepción histórica del Derecho del trabajo hoy en gran medida periclitada y necesitada de nuevos horizontes³²) confía a las fuerzas del mercado la suerte de las relaciones laborales, aunque desde luego afirme el papel privilegiado de los sindicatos y la negociación colectiva, proclame los contenidos inderogables del contrato de trabajo y haga especial énfasis en el principio de igualdad como no discriminación, que ha dado lugar a una florida jurisprudencia sobre la *Drittwirkung*³³. Salvo en estos importantes puntos, que definen el «competir y contratar por grupos»³⁴, las normas reguladoras del Derecho del trabajo parecen considerarse externas a la intrínseca configuración jurídica del mercado. Como consecuencia de ello, la suerte de los trabajadores parece quedar en casi todo lo demás confiada a políticas sociales que no comprometan el modelo del mercado fundado en la propiedad, la defensa de la competencia, y su (en buena medida) segunda derivada, la protección de los consumidores. Así, a los trabajadores se les considera destinatarios de una protección social genérica que

solo en parca medida tiene en cuenta su condición, salvo que la preservación de sus puestos se eleve a condición de viabilidad de las empresas.

La trayectoria del Derecho comunitario no solo no ha sido distinta, sino que ha acentuado esta deriva de las legislaciones laborales domésticas³⁵.

13. CAMBIOS EN EL DERECHO PRIVADO. CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*. FAVOR *DEBITORIS*. PRECIOS DE TASA EN EL ALQUILER DE VIVIENDAS. INALTERABILIDAD DE LA IDEA CENTRAL DE CONTRATO

He formulado algunas preguntas relativas a la respuesta que se daría a algunas cuestiones acuciantes surgidas en las relaciones jurídico-privadas como consecuencia de la pandemia. Apunto algunas. La primera de ellas es si, ante el enorme cambio de las circunstancias económicas, que generará inevitablemente desequilibrios en las prestaciones, asistiremos a una resurrección (porque el fenómeno no es nuevo) de la problemática que agrupamos alrededor de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*. El tema es objeto de tratamiento pormenorizado en este número de la revista por Francisco Oliva Blázquez, y a su autoridad me remito³⁶.

Sí quisiera referirme, aunque solo sea mediante un simple apunte, a alguna eventual reacción, siempre desde el terreno del Derecho privado, frente al pavoroso problema, preexistente a la pandemia, que con seguridad esta agravará: el del endeudamiento privado. La crisis se afronta habitualmente desde el ángulo del déficit público, y a esta cuestión se ha dedicado una escasa reflexión específica, sin olvidar que aquel déficit y este endeudamiento puedan desembocar en un morboso círculo de retroalimentación³⁷. Aunque de modo sumario, y en el contexto de la gran recesión, una crisis que, pese a su intenso dramatismo, fue menos aguda que la que ha producido la pandemia de COVID-19, tuve ocasión de pronunciarme³⁸ sobre una cuestión a mi modo de ver importante, a saber, la intensificación del recurso al principio *favor debitoris* para encarar los problemas de endeudamiento privado de las familias y las empresas. Partiendo siempre de la base de que, aunque la existencia de figuras e instituciones de Derecho privado para desempeñar un papel relevante en la crisis económica sea inequívoca (así, una política determinada de crédito y de garantías del mismo, el tratamiento del problema de la insolvencia), estas herramientas jurídicas siempre dependerán del cuadro macroeconómico. De todos modos, algunas conclusiones de entonces (ciertamente, no se trata de un pasado tan lejano, suponiendo que sea pasado) me siguen pareciendo válidas, sobre todo la doble afirmación de que, por un lado, es un grave error que los instrumentos legales para salir de la crisis pasen por el fortalecimiento del crédito (en el limitado sentido de fortalecimiento de la posición del acreedor) y, por otro, que hoy día el reto consiste en colocar activos financieros en manos de los consumidores para generar un crecimiento de la demanda agregada. Creo que solo desde la premisa del incremento de la aplicación del principio *favor debitoris*, el Derecho privado podría jugar un papel en una política de recuperación económica. En este sentido, y desde luego sin ánimo de despreciarlas, cabe

dudar de que medidas tales como una potenciación aún mayor de las reglas del *fresh start* o «segunda oportunidad» en los procedimientos de ejecución individual de consumidores y ejecución concursal de pequeños y medianos empresarios, o las que, basadas en la técnica del *scoring*, disciplinaran el mercado hipotecario para favorecer la concesión de créditos y limitar la responsabilidad al bien hipotecado, sean suficientes. Tal vez la solución pasa por largas moratorias o importantes quitas, aunque puedan causar dificultades a las entidades financieras y sea necesario recapitalizarlas (operación solo factible con dinero público); la solución puede parecer extravagante, pero una estrategia de salvación de los deudores es, al final, un elemento multiplicador de la economía, efecto que, desde luego, no ha sucedido con el rescate bancario. Por otro lado, no es un fenómeno desconocido en la historia³⁹. Desde luego, nadie parece proponerlo ahora, más aún cuando en el horizonte empiezan a vislumbrarse signos de deterioro de la banca.

Desde esta misma perspectiva (explorar las posibles reacciones del Derecho privado frente a la crisis), y dado que esta acentúa la pobreza de una gran parte de ciudadanos, cobra todavía mayor interés el desafío de afrontar el problema (ya candente antes de la pandemia) del acceso a una vivienda digna, si se hemos de emplear el tropo de la Constitución española. Los remedios, aunque hoy inexistentes, son bien conocidos, pues arrancaron en las primeras oleadas de reformas sociales puestas en marcha tras la Primera Guerra Mundial⁴⁰, y en España son de recuerdo relativamente reciente: deber de arrendar del propietario, prorrogas forzosas de la duración del inquilinato, bloqueo o precio de tasa de las rentas, entre otras. Conviene tener claro que, cuando se establece dicho régimen del alquiler de viviendas, no se está tratando de solventar los desequilibrios entre dos contratantes, uno «fuerte» y otro «débil», sino proponiendo una imposición de deberes al propietario. Por más que el instrumento sea un régimen especial del contrato de arrendamiento de vivienda, en él no luce la idea del equilibrio contractual, sino la de la función social de la propiedad⁴¹. El resultado final de la legislación especial de arrendamiento de viviendas es el sacrificio del dueño del inmueble a favor de la constitución de un *ius possessionis* del arrendatario, que calca en su efectividad económica la de un derecho real, por más que, en términos jurídico-formales, el arrendamiento no lo sea. Dicho esto, el hecho de que el fenómeno se inscriba dentro de la lógica del derecho de propiedad puede ayudarnos a ver que el propietario-arrendador no es, por definición, un sujeto fuerte frente a un supuesto sujeto débil, el arrendatario⁴²; puede ser justamente al revés y de hecho lo ha sido: no es infrecuente que el propietario sea un pequeño ahorrador con magros (o ningunos) ingresos al margen de la renta de una vivienda y que el arrendatario sea persona mucho más acomodada. Hablo del supuesto de un pequeño propietario que, en caso de larga duración forzosa del inquilinato y precio de tasa de la contraprestación, sufría una suerte de amortización de su propiedad, con rentabilidades devastadas por la inflación y nulas posibilidades de venta del inmueble. Con todo, convendría darle a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César: el Derecho civil, ni siquiera el del capitalismo avanzado, no tiene como función solucionar un problema que depende de decididas políticas públicas de vivienda, de modo que medidas como el bloqueo de las rentas no pueden convertirse en una coartada para «suplir» la ausencia de tales políticas.

14. EL MERCADO NO ES UN *LOCUS NATURALIS*, SINO ÁMBITO DE DERECHO PRIVADO GARANTIZADO CONSTITUCIONALMENTE, BASADO EN LA PROPIEDAD PRIVADA COMO FUENTE DE DESIGUALDAD

A la hora de concluir, debemos tener clara la idea de que, incluso para cierto pensamiento conservador, el mercado no es un *locus naturalis*⁴³, sino el orden jurídico de una determinada estructura económica basada en la idea de la competencia perfecta y con la provisión de instrumentos destinados a garantizar y promover esa idea. Ese papel ineludible del Derecho es el único modo de garantizar la existencia del mercado como tal, plasmado en un orden jurídico que es básicamente un modelo de Derecho privado garantizado constitucionalmente. El modelo se vertebra en torno a tres ideas fuerza.

La primera es la primacía de la propiedad privada, en la que la función social es ciertamente un límite intrínseco, pero de escaso alcance, dada la intensidad de la garantía expropiatoria.

La segunda es la concepción del contrato como fuente de la autorregulación; en él, la conservación y actualización del esquema codificado convive con normativas de sector, unas reconducibles a la protección del contratante débil (condiciones generales, consumidores, *terzo* contrato, en el que aquel contratante débil puede ser un empresario) y otras que remiten a las reglas del mercado y la libre competencia, pero todas ellas dentro de un marco regulatorio que atiende, siempre, al respeto del modelo basado en la iniciativa privada⁴⁴. Los intentos de construir un contrato «justo» hay que considerarlos en su adecuada dimensión, que no alcanza a la supresión los intercambios económicos desiguales⁴⁵. No debe olvidarse, además, que, en cuanto instrumento de la libertad de empresa, una intervención sobre el contrato que pudiera considerarse no delimitadora, sino ablatoria de aquella, estaría sometida a la garantía expropiatoria.

La tercera es la defensa de la competencia como articulación general del sistema en la búsqueda de la racionalidad económica encarnada en la competencia perfecta, evitando posiciones de dominio y abuso de estas. Su finalidad no es, sin embargo, escapar de la lógica de los intercambios desiguales inmanente al sistema capitalista, sino corregir los más injustos y siempre dentro de la lógica del mercado.

La conclusión general es que las tres ideas fuerza confluyen en un modelo propietario porque el mercado está basado en una propiedad, ya sea histórica o lógicamente precedente a la constitución del propio mercado⁴⁶.

15. CONCLUSIÓN: NO HAY CAMBIO DE PARADIGMA JURÍDICO DEL MERCADO PORQUE ESTE SOLO SE PRODUCE CUANDO UN CAMBIO SOCIAL AFECTA A LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA GARANTÍA EXPROPIATORIA. UNA ATEMORIZADA MIRADA A UN DEVASTADO MUNDO

De retorno a la metodología que había considerado rectora de estas reflexiones, la utilización de la teoría de los paradigmas, vemos con absoluta claridad que, para que hubiera un cambio que mereciera tal denominación, sería necesario alterar el régimen de la propiedad y la garantía expropiatoria, sobre todo de esta última, cambios que traerían consigo un orden constitucional nuevo. Nada parece apuntar en esa dirección, y esta certidumbre queda confirmada si se contempla atentamente la evolución de la institución de la propiedad desde los primeros años posteriores a la Primera Guerra Mundial hasta nuestros días⁴⁷. Puede postularse que el «laboratorio Weimar» sí alteró alguna pieza importante de la propiedad libre y plana que surgió de la revolución liberal burguesa. En efecto, la afirmación de que *Eigentum verpflichtet* puede considerarse el origen de cambios en las instituciones jurídico-privadas que crearon un nuevo entramado constitucional, el del Estado Social, aunque, como creo haber demostrado⁴⁸, fueron transformaciones débiles en un marco constitucional débil. Este Estado que ha «venido para quedarse», con farisaica alarma de unos y cándidas ilusiones de otros, ni siquiera esta propiciando un reforzamiento de esas débiles transformaciones. Es el Estado de siempre, que ahora intensifica su acción administrativa ante un evento extraordinario, viraje que propiciará cambios económicos y sociales no baladíes, pero para salvar un sistema de mercado que está basado en la propiedad privada y en los intercambios desiguales a todos los niveles. Por ello, partiendo de la contestación a la incisiva pregunta formulada por Jan M. Broekman⁴⁹, a saber, que solo hay un cambio de paradigma legal, en el sentido sustantivo del término, si se produce un cambio social general, la conclusión es inequívoca: preso del individualismo propietario, el esquema de atribución y circulación de los bienes sigue fundando un paradigma de mercado intocado. Refuerza esta conclusión el hecho de que, por mucho que aumente la presencia del Estado en la economía, la globalización no se ha ido porque es compatible con grados muy distintos de intervención pública⁵⁰, pero siempre estará condicionada al poder de los mercados financieros sin rostro y sin patria, poderes privados universales *legibus soluti* cuyo único límite parece ser el desastre de los equilibrios vitales planetarios, y de modo muy relativo. Afrontar ese desastre con eficacia exige superar las fronteras y la propiedad privada⁵¹, pero los vientos del mundo no parecen ir por ahí. Ahora bien, «la historia no ha terminado»⁵², entre otras cosas porque a la creciente pobreza se está uniendo la pérdida de calidad de la política y de su mejor expresión, la democracia representativa: los desequilibrios económicos y geopolíticos pueden aumentar exponencialmente, y ello no augura paz. La visión del futuro despierta temor, aunque debe decirse que predecir cómo hayan de ser los tiempos venideros no está al alcance del oficio de jurista, y aquí debe finalizar esta reflexión.

NOTAS

1. FMI (2020: cap. 1).
2. *Ibidem*: 5-14.
3. *Vid.* el texto de la intervención de su gobernador en la Comparecencia ante la Comisión de Asuntos Económicos y Transformación Digital del Congreso de los Diputados, de 18 de mayo de 2020.
4. Kuhn ([1962] 1971).
5. Una ambiciosa y plural reflexión sobre la aplicación de las teorías de Kuhn al Derecho se encuentra en los trabajos de Zuleta Puceiro (1983: 11-24); Aarnio (1983: 25-28); y Broekman (1983: 133-144). Este último autor sostiene que «[...] the paradigm theory of methodology, developed by authors such as Kuhn and Toulmin, has been adopted by legal scholars as an instrument of legal science. However, in its extrapolation of the concept of 'paradigm', legal theory has assumed a rather uncritical attitude towards the concept itself. The concept is used not only to articulate problems of legal science and legal dogmatics, both analytically and descriptively, but also with regard to the more encompassing question of legal change. Can the law change at all, and if so, is this change only part of a general social change, or does it imply a change of the legal paradigm?» (*Ibid.*: 133). Destaco la incisiva pregunta con la que se cierra el párrafo. Una visión general de la aplicación de las teorías de Kuhn a la investigación jurídica puede verse en De Vries (2013).
6. Para un panorama de conjunto, remito a López y López (2008: 811 ss.).
7. Sobre el tema, *vid.* la informada y ponderada exposición de Carrillo Donaire, Guichot Reina y López Menudo (2006: 231-241).
8. Sobre el «justiprecio cero», *vid.* la STS de 22 de noviembre de 2004, FJ 6: «No cabe afirmar que del art. 33 CE pueda obtenerse como consecuencia que cualquier privación de bienes o derechos deba ir acompañada siempre de una compensación económica, aunque el valor de lo expropiado sea cero». La STS contiene bastantes referencias de sentencias del TEDH, cuya jurisprudencia es, creo, básicamente concordante con la del TJUE, más allá de la conflictividad entre ambos tribunales.
9. Así lo indican, creo que con acierto, Ortega y Arroyo: «En definitiva, el conjunto de opciones de política económica que el art. 128.2 CE deja abiertas al juego del principio de pluralismo político es sensiblemente mayor que el margen de actuación permitido por el Derecho de la Unión Europea. De ahí que la doctrina haya concluido que la entrada de España en las Comunidades Europeas y su posterior evolución ha implicado, en este contexto, la aceptación por parte del Estado español de una determinación europea de opciones de política económica (De la Quadra-Salcedo), cuando no una verdadera mutación constitucional (Muñoz Machado)» (Ortega Álvarez y Arroyo Jiménez, 2018: 840). La opinión del segundo de los autores citados me parece algo desmesurada y en demasía obsequiosa con el Derecho de los Tratados y de Carta de la UE: hablar de mutación constitucional (se entienda por ella lo que se entienda, cosa nada pacífica, desde el mismo momento en que se niega incluso la existencia de la categoría misma) presupone una concepción monista del Derecho internacional público, hecho uno solo con el ordenamiento interno al que desplaza totalmente, y que, como mucho puede predicarse de las reglas generales de Derecho internacional (esto es, las aceptadas por la inmensa mayoría de los Estados, y que por ello un Estado concreto considera que le vinculan, aunque no haya habido un acto formal de aceptación), no de las de origen convencional, como es el caso de los Tratados, donde las tesis dualistas, aunque moderadas, se han impuesto desde hace tiempo. Para mí, la supuesta «cesión de soberanía» no es tal, sino una renuncia del Derecho del Estado miembro a la exclusividad del ejercicio de derechos soberanos en su territorio o, dicho de otra manera, supone la admisión de la validez y de la aplicabilidad de un Derecho que expresa la soberanía de órganos inter-

estatales (sobre el punto, *vid.* Autexier (1997: *passim*), con argumentos que creo se aplican también a de cualquier otro Estado miembro de la UE; debo el conocimiento de esta obra, para mí uno de esos pequeños clásicos que el circuito académico olvida, a mi fraternal amigo Santiago Gómez-Reino). Realmente (y tal vez desgraciadamente), los problemas de relación entre Derecho constitucional «doméstico» y los Tratados europeos existen precisamente porque los tribunales constitucionales de los Estados no admiten, sin más, la existencia de un desplazamiento total de sus propias normas fundamentales por aquellos, ni siquiera si se acepta sin reticencias el principio de supremacía del Derecho comunitario, aunque nominalmente se proclame a bombo y platillo; además, la necesidad, en muchos casos, de un acto legislativo o administrativo de adopción o trasposición contradice directamente la visión monista. Como puede fácilmente entenderse, no pretendo con esta acotación sino sentar que no hay que dar directamente por sentado que los mandatos europeos se imponen sin más a las determinaciones de la Constitución española, pues con semejante asunción carecería de todo sentido enfocar cualquier cambio eventual de paradigma desde el análisis de esta, enteramente disuelta dentro del Derecho de los tratados europeos.

10. Concepto y terminología acuñados, como es notorio, por Mortati ([1940] 1998), edición, la segunda indicada, con una notable *premessa* de Zagrebelsky en la que explica la supervivencia de una doctrina pensada para ser aplicable al Estado fascista. Coincidimos con muchas de sus razones, aunque la más convincente es la apelación al «realismo» de Mortati. Nosotros, sin embargo, lo apreciamos desde una perspectiva diferente. En efecto, es operación realista la de indicar que la efectividad de la constitución «formal», o «expresada normativamente» depende del conjunto de fuerzas económicas y sociales sin las cuales dicha efectividad viene a menos. Formulo esta observación con la única finalidad de destacar que la «constitución material» es un límite a una reforma estructural de la norma constitucional, inviable si aquella no ha resultado también estructuralmente reformada en sus aspectos sustanciales políticos y, sobre todo, económicos. De esta idea podemos extraer pistas sobre el limitado propósito de este trabajo, pues apoya su conclusión general.

11. La frase es de Ascarelli (1955: 96). No deja de ser curiosa su argumentación, alejada de las tesis ordoliberales al uso. La funcionalización, según el príncipe de los mercantilistas italianos, y uno de los más grandes juristas del siglo XX, invita a la disociación entre riesgo del empresario y su poder de decisión, con todo lo que ello conlleva, amén de que, si se considera que el ejercicio de ese poder tiene un ingrediente de finalidad pública, la necesidad de que los trabajadores colaboren a su consecución puede consagrar posiciones de privilegio para el empresario en relación con aquellos. De todos modos, habría que señalar que, en la época histórica de la formulación del principio de libertad de empresa en la Constitución republicana (artículo 41), las necesidades de huir de cualquier tufo corporativista y acentuar los matices «sociales» eran muy intensas. No obstante, durante largo tiempo, sobre todo en las décadas de los setenta y los ochenta, la batalla jurídica en torno a la búsqueda de mecanismos que vinculasen en sentido social la libertad de empresa se mantuvo, pero sin éxito. Fracaso, creo, debido al final de la Unión Soviética y la emergencia de las políticas *neoon*, proceso marcado decisivamente por la globalización. Paradigmática de esta evolución es la reflexión de un jurista de tanto relieve como Galgano (1974, 1978 y 2005) desde una perspectiva de análisis crítico canónicamente marxista.

12. Sobre el punto, remito a López y López (2018: 34-35).

13. Izquierdo Carrasco y Rebollo Puig (2018:1430-1444). Cabe destacar el significativo *incipit* (*Ibid.*: 1431-1432) inspirador de todo el texto, que en algunos momentos se mueve en la ambigüedad de señalar potencias del artículo 51, cuyo despliegue está muy limitado por el valor superior del artículo 38 y del artículo 33. Claro que la ambigüedad no es debida a la límpida y ponderada exposición de los autores, sino que brota *ex re ipsa*. He puesto de manifiesto en varias ocasiones la distinta valencia de los artículos

33 y 38, por un lado, y los artículos 51 y 128, por otro, todos de la Constitución. En exposición de carácter global, puede verse el argumento en López y López (2012a: 301, 304, 342-354, y esp. 353-354).

14. Aunque es obvia la constatación lógica de que la protección del contratante débil se extiende más allá de la dispensada al consumidor, es claro que el consumidor es un contratante débil en la inmensa mayoría de los casos, como claro es que muchos mecanismos de tutela del contratante débil han nacido para articular defensas de la posición jurídica subordinada del consumidor a la hora de determinar el contenido contractual. Del mismo modo, la consideración de los supuestos en que una parte disponga de *libertad de contratar* o libertad de celebración del contrato, pero no de *libertad* contractual o libertad de predeterminar el contenido de este (por utilizar la clásica distinción de Messineo (1961: 802-804), un tanto rígida, pero útil como concepto) es anterior a la eclosión de las normas sobre consumidores. Piénsese en la regulación de las condiciones generales de la contratación, en las que también subyace la doble intención de protección de la parte débil y la de racionalizar jurídicamente y con menor costo la producción de bienes y servicios, con independencia de que el adquirente de estos sea un destinatario final. De suyo, la literatura sobre las condiciones generales de la contratación es anterior a la producida sobre la protección de los consumidores. *Vid.* la insuperada monografía de Raiser (1935). Ahora bien, el solapamiento estadístico entre destinatario final y contratante débil es altísimo, con lo que la yuxtaposición de las regulaciones es inevitable. No creo que este sea el lugar para extenderme sobre el punto ni es necesario a mi presente propósito.

15. Irti (1995: 292-297), donde eleva la libre competencia a fundamento de la protección jurídica del consumidor, argumento cierto en la actual lógica del ordenamiento, pero que creo olvida vectores de otro tipo que también confluyen en ella, concretamente los nacidos de la tutela del contratante débil, como se indica en el texto.

16. Ilustración suficiente y precisa sobre los dos óptimos o criterios de eficiencia, en relación con la justicia distributiva y, en general, sobre el bienestar social, en el excelente libro de Schäfer y Ott (1986: 37-59).

17. Sobre estos puntos, con doctrina que solo desde el prejuicio ideológico se puede considerar obsoleta, Reich (1985: 158-211).

18. López y López (1998: 426-459).

19. Tal como quedó acuñado de forma definitiva, creo, en las SSTC 1999/208, de 11 de noviembre, y 71/82, de 30 de noviembre, aunque la *occasio decisionis* eran conflictos de competencias entre el Estado y algunas comunidades autónomas; pero la doctrina sentada va mucho más allá porque, para resolver el concreto litigio, necesita partir de determinar el alcance de la defensa de la competencia y la protección de los consumidores.

20. El tema es de largo alcance y aquí no cabe más que una mención. Con todo, y aun dando por descontada la eficacia vinculante de la Carta en relación con los Tratados, y con el Convenio de Derechos Humanos (todo lo cual es harto discutible y conflictivo, sobre todo por la actitud del TJUE, que rechaza ser corregido por el TEDH, como línea de principio, aunque hasta ahora ha funcionado una suerte de *self-restraint*, y un «diálogo judicial», sobre todo por el segundo). *Vid.* Muñoz Machado (42015: 212-216). Ello no obvia que la tarea de cohonestar las tradiciones constitucionales comunes puede ser muy complicada, como señala agudamente Stein (2009: 621-635).

21. *Ibidem: passim.*

22. Cruz Villalón y Requejo Pagés (2015: 173-194), que preconizan, en interés del justiciable, plantear las dos con criterio de simultaneidad, no de sucesión temporal.

23. Remito, como indicativo de las claves y bibliografía generales del tema, a Mercado Pacheco (2012: 375-400), sobre el art. 16, y a López y López (2012b: 401-415) sobre el art. 17.

24. Esencial en la visión inicial de la configuración de la institución de la expropiación forzosa, cuya planta se conserva en gran medida hoy, es la monumental obra de Lacché (1995), que, además de componer un espléndido cuadro de época, es fuente de una información casi inagotable. Habitualmente, se considera un signo de la debilidad de la institución en la época la ausencia de *causae expropriandi* de carácter «social». Con independencia de que ello sea más o menos cierto, la expropiación forzosa y la legislación hipotecaria fueron las palancas de la obra pública y el crédito, necesarios para que el incipiente capitalismo despegara tras la revolución burguesa. Dato este, por otro lado, archiconocido.

25. En estas cuestiones, es obligado citar a Nieto (1962: 67-124).

26. López y López (1998: 448-454).

27. En España, practicado de modo escandaloso por los gobiernos de Felipe González y de José María Aznar, aunque obviamente más intensos en los del segundo, que favoreció a una supuesta clase empresarial rapazmente extractiva y, en algún caso, con un notorio recorrido por la jurisdicción penal.

28. *Vid.* Bilbao Ubillas (1999: 163-181), cuya conclusión suscribo íntegramente: «Las autoridades independientes surgen como una respuesta a una patología que parece crónica, pero son solo un parche que no resuelve el problema de fondo. La verdadera solución está en la depuración y renovación de un circuito representativo que hace agua por todas partes. Consiste en más y mejor democracia, no en abrazar, consciente o inconscientemente, legitimidades alternativas» (*Ibid.*). Aunque de carácter muy desigual y algo heterogéneo, es interesante el conjunto de ensayos coordinados por Gitti (2006).

29. Fernández Farreres (2016: 231-250). Sobre la cuestión, *vid.* Muñoz Machado (42015: 335-341).

30. La situación política y económica en Europa se presta a manifestaciones de las autoridades políticas marcadas por la ambigüedad, puesto que la premisa de todo proyecto de reconstrucción europea pasa por la existencia, cuantía y modalidades de la financiación de este. Cuando escribo estas líneas ha terminado una intensa batalla política entre los Estados europeos sobre dicha financiación, que ha asumido la veste de confrontación entre el norte y el sur y entre países pequeños y grandes, ligados los primeros mucho más que los segundos a la idea de consolidación fiscal y a la defensa de la ortodoxia presupuestaria, aunque son principios que, como tales, todos comparten. El final ha sido calificado como histórico, y lo es desde el momento en que se abre la posibilidad de una emisión masiva de deuda por parte de la Unión Europea, sin que haya prevalecido una lógica estatalista suicida de la propia Unión. ¿Cuán efectiva será dicha solución y qué sacrificios desiguales comportará para algunos países? Esa es la pregunta, pero no creo que se pueda ir más allá, salvo constatar que en los planteamientos de los contendientes han subyacido diferencias ideológicas más que significativas sobre el papel de los poderes públicos en la economía, aunque se planteen dentro del marco señaladamente ordoliberal de los Tratados. No es poco significativa la supresión de la partida destinada específicamente a recapitalizar empresas en crisis. El Gobierno español, de ese fondo (hoy en día ya que no *incertus an*, pero sí *quando et quomodo*), pretende destinar 10.000 millones de euros a ayudas a las empresas, pero le ha faltado tiempo para aclarar que respetará la normativa europea en materia de ayudas directas (¿como si estuviera en su mano no hacerlo!), y que prevé mecanismos como créditos participativos y subvenciones al lado de la participación en el accionariado, esto último, eso sí, percibiendo los dividendos (¿como si pudiera jurídicamente renunciar a ello!). Se añade, además, que no serán considerados sectores estratégicos ni el financiero ni el energético. Si este es el diseño, no parece demasiado arriesgado afirmar que la dimensión público-privado en la economía española va a experimentar pocos cambios y que los que se produzcan serán poco significativos.

31. De manera prácticamente unánime (incluido lo escrito por mí). Por citar un ejemplo, nada inocente por su significación científica e ideológica, *vid.* Romagnoli (1977:139-184).
32. Sobre estas cuestiones, es esencial el análisis, desde la altura de la visión histórica, el conocimiento dogmático y la sensibilidad social de la recopilación de importantes trabajos de Cazzetta (2007: *passim* y esp. 291-329 y 341-376). Con alguna adaptación, los análisis de Cazzetta son, creo, extrapolables a la experiencia española.
33. Puede verse en García Torres y Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz (1986).
34. La gráfica expresión es de Romagnoli, citado por Cazzetta (2007: 321).
35. Lo ilustra extensamente Ojeda Avilés (2013: 51-83).
36. *Vid., infra*, su artículo «Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia».
37. Por poner el ejemplo más evidente, la morosidad privada puede afectar gravemente al sistema bancario y convertir la evitación de su quiebra en un problema público a solucionar con dinero público: tenemos el reciente y sangrante recuerdo del «rescate bancario» y su negativa incidencia en las finanzas públicas.
38. López y López (2013).
39. Como demuestra la historia europea, las políticas de liberación de los deudores tanto para salvar la democracia como para reactivar la economía han sido frecuentes, sobre todo después de grandes convulsiones provocadas por las guerras. A este respecto, resultan aleccionadoras las páginas del libro de Ripert (1948), uno de los grandes juristas europeos del siglo XX, que un capítulo, de nombre bien expresivo «La protection des faibles», una sección, también de título significativo, «La Libération du débiteur». Es destacable el tono crítico de Ripert, un ultraconservador que imputa el éxito de dichas políticas al hecho de que en la masa de los votantes son mayoría los deudores. Ni que decir tiene que su visión ideológica en nada contamina el rigor científico de la exposición de datos y de técnica, como no podía ser de otra manera en un autor estaba a la altura de los más grandes del panteón de los juristas.
40. Noticia de este avatar histórico en las vívidas y expresivas páginas de mi llorada discípula Valpuesta Fernández (1994: 7-10).
41. Que ello es así lo evidencia una reciente encuesta coordinada por Fuentes-Lojo (2020) sobre la constitucionalidad de una medida legal de limitación del precio de contratos de arrendamiento de vivienda. Las respuestas a la pregunta, cuando se refieren a la libertad de contratar lo hacen solo para orillarla en función de otros valores constitucionales, y precisamente la función social de la propiedad, como medio fuerte (garantía institucional) de conseguir la realización de un principio rector de la política económica y social, el derecho a la vivienda. Tal perspectiva es, a mi juicio, sustancialmente correcta. Destaco, por su precisa concisión y exacta percepción de los parámetros jurídicos del problema, la aportación de Carmona Contreras.
42. Como apodícticamente afirma Salas Carceller (2020) en la encuesta citada en la nota precedente: «El contrato de arrendamiento de vivienda o inquilinato es un tipo de contrato claramente intervenido en defensa de los derechos de la parte más débil en la contratación, que es el arrendatario».
43. Irti (1998: 3-18). De manera convincente y contundente, Irti sostiene que el mercado es artificial, fruto de elecciones políticas y jurídicas.
44. Para una visión de conjunto de la evolución del contrato, *vid.* Alpa (2012: 113-126 y 139).

45. La aparición de la idea del contrato justo, en última instancia ligada a la penetración en el ámbito del Derecho privado de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, no deja de ser importante, pero su operatividad siempre vendrá limitada por la imposibilidad de un pleno constitucionalismo de la igualdad en un sistema de relaciones sociales de producción capitalistas, como lúcidamente afirmaba el maestro De Vega (1994: 41-56). Debe tenerse en cuenta, además, como he tenido ocasión de decir en otro lugar (López y López, 2017: 988-991), que el rehúse de la valoración de la injusticia del contrato como acto y de su reequilibrio en el curso de la vida de la relación obligatoria surgida del mismo no es tan ajeno a los códigos como la opinión consolidada quiere hacernos ver. Sucede lo mismo que con la propiedad, a la que la opinión dominante quiere ver en su coronación codificada como libre de todo límite. Es cierto que la antipatía a los gravámenes del dominio late en los códigos, pero ello no ha significado nunca que los límites al mismo no fueran numerosos, incluso en la época protoliberal, y algunas veces con normas jurídicas de modesto rango, como una ordenanza municipal. Sin ignorar esta enseñanza de la historia, a la hora de valorar la indiferencia de los códigos a la injusticia contractual, no habría que olvidar algunas cosas importantes: no solo la existencia, en muchos de ellos, de la rescisión por lesión, sino también (y puesto que estamos de acuerdo con que en estas incumbencias el momento decisivo es el de la aplicación-interpretación judicial) los pronunciamientos jurisdiccionales sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias, la posibilidad de desistimiento *ad nutum* en las relaciones llamadas de duración y el poder de la buena fe como fuente de la reglamentación contractual. Que en la jurisprudencia haya primado un obsequio absoluto y en todo tiempo del principio *pacta sunt servanda* no se corresponde con la realidad. Se dice esto para calibrar la dimensión histórica de la «forma código», en cuya mochila no cabe incluir todos los pecados del positivismo legalista, aunque desde luego ello no implica olvidar que le fueron ajenas cuestiones tales como la *hardship* y la posibilidad de renegociar el reequilibrio contractual, auténticos *trending topics* del nuevo Derecho de contratos, nacidos, por cierto, no al calor de los derechos fundamentales, sino de la *lex mercatoria*. Este último extremo debería hacernos meditar sobre el verdadero alcance en profundidad del *ius novum* que está a las puertas, pues no tiene siempre un aliento superador de la desigualdad ni favorecedor de la solidaridad.

46. Sobre el punto, *vid.* el análisis a mi modo de ver insuperable de Barcellona (1987: 78-113).

47. Se produjeron cambios de manos de la legislación de guerra del orden jurídico liberal primitivo que sí quedaron asentados, pese a su surgimiento como Derecho excepcional. Las expresivas y atemorizadas palabras Vassalli (1919) son un breviario clásico de aquel gran cambio, que sí modificó el paradigma del orden burgués liberal primitivo y dio lugar a nuevas formas de Estado, de participación política, de organización social, de *causae expropriandi*, de otras formas de tenencia de la tierra, etc. Cambio de paradigma «débil», si se quiere, pero cambio: nada que ver con la situación actual y su desenvolvimiento futuro, al menos inmediato.

48. López y López (1998).

49. Cit. en nota 5.

50. Remito a López y López (2015: 639-648).

51. Como es el certero análisis de Piketty (2013 y 2019). Especialmente clara es la visión de conjunto que Piketty ofrece en la introducción de la segunda obra citada.

52. Como, por el contrario, fue la ampliamente difundida tesis de Fukuyama (1992), de la cual se ha retractado, al menos parcialmente, en la entrevista realizada por George Eaton (2018), en la que llegó a afirmar: «Socialism ought to come back».

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis (1983): «Paradigms in Legal Dogmatics», en *Theory of Legal Science Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Lund: Springer, 13-24.
- ALPA, Guido (2012): *Le stagioni del contratto*, Bologna: Il Mulino.
- ASCARELLI, Tullio (1955): *Lezioni di diritto commerciale, Introduzione*, Milán: Giuffrè.
- AUTEXIER, Christian (1997) «L'ordre juridique allemand dans le contexte international et européen», *Revue Générale du Droit*, 21661.
- BARCELONA, Pietro (1987): *L'individualismo propietario*, Turín: Bollati Boringhieri.
- BILBAO UBILLOS, Juan María (1999): «Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 161-184.
- BROEKMAN, Jan (1983): «Changes of Paradigm in the Law», *Theory of Legal Science Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Lund: Springer, 133-144.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, Emilio GUICHOT REINA y Francisco LÓPEZ MENUDO (2006): *La expropiación forzosa*, Madrid: Lex Nova.
- CAZZETTA, Giovanni (2007): *Scienza giuridica e trasformazione sociale. Diritto e lavoro in Italia tra otto e novecento*, Milán: Giuffrè.
- CRUZ VILLALÓN Pedro y Juan Luis REQUEJO PAGÉS (2015): «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50, enero-abril, 173-194.
- DE VEGA, Pedro (1994): «*Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad*: (el caso de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales)», *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, 6, 41-56.
- DE VRIES, Ubaldus (2013): «Kuhn and Legal Research, A Reflexive Paradigmatic View on Legal Research», *Law and Method*, 3 (1), 7-25.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2016): «El régimen de las ayudas de Estado y su impacto en el Derecho español», *Revista de Administración Pública*, 200, mayo-agosto, 231-250.
- FMI (2020): *World economic outlook: the great lockdown* (cap. 1: «Prospectives and policies»), International Monetary Fund. Research Dept, 14 de abril.
- FUENTES-LOJO, Alejandro *et al.* (2020): «¿Es constitucional una medida legal de limitación del precio de contratos de arrendamiento de vivienda?», *Actualidad Civil*, 5, mayo.
- FUKUYAMA, Francis (1992): *The End of History and the Last Man*, Nueva York: Simon & Schuster.
- (2018): Entrevista de George Eaton en *New Statesman*, 17 octubre.
- GALGANO, Francesco (1974): *L'istituzioni dell'economia capitalistica, Società per azioni. Stato e classi social*, Bologna: Zanichelli.
- (1978): *L'istituzioni dell'economia di transizione*, Roma: Editore Riuniti.
- (2005) *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna: Il Mulino.
- GARCÍA TORRES, Jesús y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO y CARRILLO DE ALBORNOZ (1986): *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas.
- GITTI, Gregorio (coord.) (2006): *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna: Il Mulino.
- IRTI, N. (1995): «Persona e mercato», *Rivista di diritto civile*, XLI, 3, 292-297.
- (1998): *L'ordine giuridico del mercato*, Roma: Bari.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y Manuel REBOLLO PUIG (2018): «La intervención pública en defensa de los consumidores y usuarios», en *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid: BOE.
- KUHN, Thomas (1962): *The structure of scientific revolutions*, Chicago: University of Chicago Press. Primera edición española (1971): *La estructura de las revoluciones científicas*, México: Fondo de Cultura Económica.

- LACCHÉ, Luigi (1995): *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia del Ottocento*, Milán: Giuffrè.
- LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. (1998): «Estado Social y sujeto privado: una reflexión finisecular», *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27, 475-480.
- (2008): «La Constitución económica entre Derecho público y Derecho privado. Crónica de una dualidad», en *Estudios en honor de Gregorio Peces-Barba*, I, Madrid: Dykinson, 811-832.
 - (2012a): *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y base constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
 - (2012b): «Artículo 17», en *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, 401-415.
 - (2013): «Un nuevo favor debitoris para salir de la crisis», publicado en alemán y francés en *GPR, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union/European Union Private Law Review/Revue de droit privé de l'Union européenne*, 6-2013. Foro ¿Qué puede hacer la nueva Comisión Europea con el Derecho Privado de la Unión para combatir la crisis?
 - (2014): *Propiedad: otras perspectivas*, Madrid: Dykinson.
 - (2015): «Hic sunt leones. La dimensión jurídica en la era de la globalización», *Derecho civil constitucional*, Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, 639-648.
 - (2017): «Europa, principios, reglas, jueces, remedios: (a propósito de Giuseppe Vettori: Il contratto europeo fra regole e principi)», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 46(1), 963-994.
- MERCADO PACHECO, Pedro (2012): «Artículo 16», en *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, 375-400.
- MESSINEO, Francesco (1961): «Contratto: teoría generale», en *Enciclopedia del Diritto*, IX, Milán: Giuffrè.
- MORTATI, Costantino ([1940] 1998): *La costituzione in senso materiale*, prólogo de G. Zagrebelsky, Milán, Giuffrè.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (⁴2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Madrid: BOE.
- NIETO, Alejandro (1962): «Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa», *Revista de Administración Pública*, 38, 67-124.
- OJEDA AVILÉS, Antonio (2013): «Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo», en *Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico*, Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 51-83.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2020): «Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia», *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 28.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis y Luis Ignacio ARROYO JIMÉNEZ (2018): «Artículo 128.2», en *Comentarios a la Constitución Española*, t. II, Madrid: BOE.
- PIKETTY, Thomas (2013): *El capital en el siglo XXI*, trad. E. Cazenave-Tapie Isoard, México: Fondo de Cultura Económica.
- (2019): *Capitalismo e ideología*, trad. D. Fuentes, Madrid: Siglo XXI.
- RAISER, Ludwig (1935): *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburgo: Gentner.
- REICH, Norbert (1985): *Mercado y Derecho. Teoría y praxis del Derecho económico de la República Federal Alemana*, Barcelona: Ariel.
- RIPERT, Georges, (1948): *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, París: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- ROMAGNOLI, Umberto (1977): «Il sistema economico nella costituzione», en F. Galgano, (dir.), *La costituzione economica*, v. I, *Trattato di diritto civile e commerciale*, 139-184.
- SCHÄFER, Hans Bernd y Claus OTT (1986): *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Madrid: Tecnos.

- STEIN, Torsten, (2009): «Los diferentes niveles de protección de los derechos humanos en Europa», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 621-635.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (1994): «Presentación» de la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- VASSALLI, Filippo (1919): «Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato», *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, 17, 1-22.
- ZULETA PUCEIRO, Enrique (1983): «Legal Dogmatics as a Scientific Paradigm», en *Theory of Legal Science Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Lund: Springer, 11-14.

Fecha de recepción: 31 de julio de 2020.

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2020.